

Резолюция
совещания по обсуждению проекта федерального закона
«Об урегулировании споров с участием посредника (медиации)
в Российской Федерации» (г. Москва, Российская академия адвокатуры и
нотариата, 10 октября 2020 г.)

Министерством Юстиции Российской Федерации представлен для обсуждения проект федерального закона «Об урегулировании споров с участием посредника (медиации) в Российской Федерации» (далее – Законопроект)¹.

Законопроект затрагивает значимую сферу общественных отношений, совершенствование нормативного правового регулирования которой на уровне Российской Федерации, в целом, представляется необходимым и своевременным. На современном этапе развития отечественного государства и права, назрела необходимость введения федерального реестра медиаторов, введения обязательности процедуры медиации по семейным спорам с участием несовершеннолетних детей, расширения применения процедуры медиации в области уголовного судопроизводства, придания легитимного статуса медиации в области образования.

Как следует из положений ч.1 ст. 1 Законопроекта, его основными целями определены: создание благоприятных условий для применения в Российской Федерации механизма урегулирования споров с участием в качестве посредника независимого лица – медиатора (процедуры медиации), формирование этики делового оборота, гармонизация социальных отношений. Однако системный анализ Законопроекта, с учетом Правовой позиции Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации «О проекте федерального закона «Об урегулировании споров с участием посредника (медиации) в Российской Федерации» от 8 октября 2020 г.»² показывает, что ни одна из целей, обозначенных в Законопроекте, в случае его принятия в представленном виде, не будет достигнута, что объясняется нижеследующим.

1. В ст. 3 Законопроекта предусмотрена компетенция уполномоченного органа в сфере применения процедуры урегулирования споров (процедуры медиации) (Министерства юстиции Российской Федерации), которая обозначается как координация, т.е. как процесс согласования действий между различными элементами одной системы. Однако содержательная сторона данной нормы, в совокупности с иными положениями Законопроекта, демонстрирует то, что полномочия соответствующего государственного органа представляют собой не полномочия координатора, а полномочия тотального контролера за процедурой медиации.

Это подтверждается тем, что иные, помимо государственного регулятора, элементы планируемой Законопроектом системы организации медиативной деятельности (Совет по совершенствованию третейского разбирательства (ст.4), Государственная квалификационная комиссия (ст. 5)), находятся в зависимости от Министерства юстиции или иных государственных органов, при том, что какие-либо полномочия представителей профессионального сообщества медиаторов (организации, осуществляющие деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации и их ассоциации и союзы (ст. 13)), организационные и правовые способы воздействия представителей профессионального сообщества медиаторов на государственную политику в сфере медиации в Законопроекте не закреплены.

¹ https://www.advgazeta.ru/upload/medialibrary/3a9/Zakon_o_mediatsii_ot_MinYUsta.pdf

² <https://fparf.ru/documents/fpa-rf/the-legal-position-of-fpa/pravovaya-pozitsiya-federalnoy-palaty-advokatov-rf/>

При этом, очевидно, что поскольку Совет по совершенствованию третейского разбирательства исходя из его состава и текущей направленности его деятельности, имеет весьма косвенное отношение к деятельности медиаторов, требуется создание при Министерстве юстиции Российской Федерации специализированного Совета по урегулированию споров с участием посредника (медиации), в пользу которого целесообразно было бы перераспределить функционал, планируемый к закреплению на основании ст. 4 Законопроекта.

Наряду с этим, Законопроектом планируется силами уполномоченного государственного органа принять кодекс этики медиатора, устанавливающего правила поведения при проведении процедуры медиации, а также основания и порядок привлечения медиатора к ответственности, в то время как кодекс этики, по своей природе должен представлять собой документ, разрабатываемый и принимаемый представителями профессии для самих себя, так как в противном случае, соответствующий свод правил утрачивает сущность кодекса профессиональной этики, а приобретает свойства нормативного правового акта.

Таким образом, представляется необходимым установить в Законопроекте пределы вмешательства государственных органов в сферу медиации, предусмотреть и закрепить организационные и правовые способы воздействия представителей профессионального сообщества медиаторов на государственную политику в сфере медиации, предусмотреть создание при Министерстве юстиции Совета по урегулированию споров с участием посредника (медиации), а также возможность принятия Кодекса профессиональной этики медиаторов самим сообществом медиаторов.

2. Краеугольным камнем представленного законопроекта, отличающего его от концепции действующего в настоящее время правового регулирования сферы медиации, является введение существенных ограничений в отношении лиц, имеющих право на осуществление полномочий медиатора.

В ст. 10 Законопроекта указывается: «Медиаторами не могут быть лица, замещающие государственные должности Российской Федерации, государственные должности субъектов Российской Федерации, должности государственной гражданской службы, должности муниципальной службы, а также имеющие действующий статус адвоката и полномочия нотариуса, если иное не предусмотрено федеральными законами.»

Таким образом лишь те лица, из числа адвокатов, статус которых приостановлен, вправе будут осуществлять деятельность по проведению медиации, либо, для наличия такой возможности у адвоката с действующим статусом требуется прямо предусмотреть данное право в Федеральном законе «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (далее – Закон Об адвокатуре). Если данную формулировку Законопроекта рассматривать как ограничивающую право адвоката с действующим статусом на занятие деятельностью по проведению процедуры медиации, то с ней согласиться не представляется возможным по следующим основаниям.

В ч.1 и ч.2 ст. 2 Закона Об адвокатуре определено, что адвокатской деятельностью является квалифицированная юридическая помощь, оказываемая на профессиональной основе лицами, получившими статус адвоката, физическим и юридическим лицам (доверителям) в целях защиты их прав, свобод и интересов, а также обеспечения доступа к правосудию, адвокатская деятельность не является предпринимательской.

Составной частью оказываемой адвокатом юридической помощи является предупреждение судебных споров, поэтому адвокат заботится об устранении всего, что препятствует мировому соглашению (ч.3 ст. 7 Кодекса профессиональной этики адвоката, далее – КПЭА).

В ст. 2 действующего Федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» (далее – Закон О медиации) процедура медиации определяется как способ урегулирования споров при содействии медиатора на основе добровольного согласия сторон в целях достижения ими взаимоприемлемого решения, а под медиатором понимается независимое физическое лицо, привлекаемое сторонами в качестве посредника в урегулировании спора для содействия в выработке решения по существу спора.

Деятельность медиатора, как и адвокатская деятельность, не является предпринимательской, согласно закону в действующей редакции (п.3 ст. 15 Закона О медиации). Такой же подход предлагается в представленном Законопроекте.

В то же время, целями работы медиатора (в отличие от целей адвоката при осуществлении адвокатской деятельности) являются не оказание юридической помощи доверителю являющемуся стороной в споре, а содействие обеим сторонам, которые самостоятельно вырабатывают взаимоприемлемое решение по спору.

Положения пп. 2 п. 6 ст. 15 Закона о медиации (аналогично и в изложении Законопроекта) содержат прямой запрет медиатору оказывать какой-либо стороне юридическую, консультационную или иную помощь.

При этом, в соответствии с положениями ч. 3 ст. 9 КПЭА адвокат не вправе вне рамок адвокатской деятельности оказывать юридические услуги (правовую помощь), за исключением деятельности по урегулированию споров, в том числе в качестве медиатора, третейского судьи, участия в благотворительных проектах других институтов гражданского общества, предусматривающих оказание юридической помощи на безвозмездной основе, а также иной деятельности в случаях, предусмотренных законодательством.

Наряду с этим, в соответствии с Законом Об адвокатуре адвокат вправе выступать в качестве патентного поверенного (ст.1), заниматься преподавательской, научной и творческой деятельностью, совмещать адвокатскую деятельность с работой в адвокатских образованиях, органах корпоративного управления адвокатурой, общественных объединениях адвокатов (ст. 2).

Таким образом, в действующем правовом регулировании адвокат вправе выполнять функции медиатора, а деятельность медиатора регламентируется специальным законом и не относится к деятельности, регулируемой Законом Об адвокатуре.

Результаты обобщения опыта практической деятельности выполнения функции медиатора именно адвокатом, обладающим необходимой профессиональной компетентностью в сфере осуществления медиативной деятельности показывают, что такой подход является как для участников процедуры медиации, так и для развития института медиации вообще, наиболее эффективным, поскольку он:

– предоставляет сторонам использовать юридическую квалификацию адвоката-медиатора, что предполагает выработку совместно со сторонами законного, конструктивного, правильно оформленного, а потому – быстро исполнимого медиативного соглашения по спорным вопросам;

– предполагает соблюдение адвокатом-медиатором высоких стандартов профессиональной этики адвоката, ввиду того что положения КПЭА распространяют свое действие не только на сугубо адвокатскую деятельность, но и на иную деятельность адвоката.

Наряду с ограничением права адвокатов и нотариусов на проведение процедуры медиации, согласно Законопроекту, из числа организаций, осуществляющих деятельность по медиации, предполагается исключить торгово-промышленные палаты и вузовские центры медиации. Это дает основание для заявления о том, что в результате принятия Законопроекта будет создана угроза для полного уничтожения уже созданной и достаточно эффективно действующей в настоящее время инфраструктуры института медиации, которая в значительной степени развивается силами представителей адвокатского сообщества.

Разработчиками законопроекта, очевидно, не в полной мере принято во внимание то, что адвокатура, как сообщество независимых профессиональных советников по правовым вопросам, учитывая его структуру и физическое присутствие адвокатов во всех регионах Российской Федерации, представляет собой уже сложившуюся инфраструктуру которая активно используется для организации и проведения процедуры медиации.

Разработчиками законопроекта, очевидно, не учтен и зарубежный опыт организации процедуры медиации, в частности, например, то, что в таких государствах как Китай, США, Италия, Швейцария, Великобритания, Казахстан, Узбекистан адвокаты являются полноправными участниками медиативных процедур и вправе самостоятельно их проводить.

Результаты обобщения опыта практической деятельности в сфере медиации также позволяют утверждать, что адвокаты, имеющие профессиональную подготовку в области медиации, детально понимают суть этой деятельности, активно выступают инициаторами проведения медиации, не только проводят ее сами (не являясь представителями сторон), но и выступают представителями сторон в рамках ее проведения, что, в условиях действительного введения предлагаемых ограничений, затруднит развитие института медиации в части количественных и качественных показателей применения процедур медиации.

Наряду с этим, представляется, что изменение уже существующего подхода к регулированию вопросов допуска к профессии медиатора, очевидно, должно быть достаточным образом обоснованно и мотивировано, чего в Законопроекте и пояснительной записке к нему не сделано.

Каких-либо широко известных исследований, которые содержали бы научно-обоснованные данные, позволяющие утверждать о существовании необходимости отстранить адвокатов с действующим статусом от участия в процедуре медиации в качестве медиаторов, в Российской Федерации не проводилось.

При этом отсутствуют какие-либо данные, свидетельствующие, что адвокаты, осуществляющие медиативную деятельность, будут настолько заинтересованы в приостановлении своего статуса адвоката для того, чтобы осуществлять только деятельность в сфере медиации, а это сведет к минимуму сохранение адвокатов в числе медиаторов.

Поскольку правом выбора медиатора обладают, прежде всего, обе стороны правоотношения, даже известный им обоим факт оказания адвокатом юридической помощи одной из них сам по себе не может быть положен в основу императивного решения о невозможности адвоката участвовать в качестве медиатора, если ни одна из

сторон не считает что этот факт каким бы то ни было образом влияет на беспристрастность адвоката-медиатора.

Тем не менее, полагаем возможным согласиться с предложением Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации в том, что для полного исключения потенциальной возможности каких-либо злоупотреблений со стороны лиц, участвующих в урегулировании споров в качестве медиаторов, если именно такая цель ставится разработчиками Законопроекта, в его тексте следует установить дополнительные гарантии беспристрастности и независимости медиатора с действующим статусом адвоката.

В качестве таких гарантий предлагается дополнение Законопроекта положением о том, что медиатор с действующим статусом адвоката перед началом проведения процедуры медиации предоставляет (сторонам) письменные гарантии по исключению конфликта интересов; включает в соглашение о проведении процедуры медиации свои обязательства о том, что он не вправе проводить медиацию, если ранее выступал в качестве представителя или консультанта любой из сторон; не вправе будет представлять интересы любой из сторон после окончания процедуры медиации по вопросам, прямо или косвенно затрагивающим предмет медиативного соглашения, а также положений о том, что в случае нарушения данных адвокатом обязательств медиативное соглашение может быть признано недействительным, а стороны будут вправе претендовать на взыскание понесенных расходов и убытков. При этом очевидно, что нуждается в проработке и детальном обсуждении вопрос о целесообразности установления не общего абсолютного запрета на любое оказание адвокатом-медиатором юридической помощи стороне, участвующей в медиации, а лишь запрета на представление интересов стороны в делах, рассматриваемых судом.

Наряду с этим, для сохранения в законодательстве права на занятие деятельностью медиатора адвокатами с действующим статусом, представляется возможным рассмотрение вопроса о включении в ст. 2 Закона Об адвокатуре соответствующих дополнений.

3. Анализ содержания Законопроекта позволяет отметить недостаточно обоснованное и (или) несогласованное внутри текста проектируемого акта установление требований предъявляемых к медиаторам.

Так, недостаточно обоснованным представляется установление в ст. 10 Законопроекта требования в виде достижения медиатором тридцатилетнего возраста.

На основании ст. 97 Конституции Российской Федерации, депутатом Государственной думы может быть избран гражданин Российской Федерации, достигший 21 года. Согласно ст.4 Федерального закона «О статусе судей», судьей арбитражного суда субъекта Российской Федерации, конституционного (уставного) суда субъекта Российской Федерации, районного суда, гарнизонного военного суда, а также мировым судьей может быть гражданин, достигший возраста 25 лет. Означают ли требования Законопроекта, что его авторы полагают, что судьи и депутаты Государственной Думы несут меньше ответственности и им требуется меньше жизненного опыта, чем медиаторам? Представляется, что установление предлагаемого в Законопроекте высокого возрастного ценза неизбежно подорвет интерес лиц, потенциально заинтересованных к вхождению в профессию медиатора, что способно подорвать кадровую основу профессии.

Ныне действующий Закон о Медиации устанавливает требование к возрасту медиатора – 25 лет, в связи с этим очевидно, что в настоящее время на законном основании практикуют в сфере медиации, в том числе и лица, не достигшие 30 –

летнего возраста, но уже годами осуществляющие профессиональную деятельность. Переходных положений, позволяющих таким лицам сохранить возможность заниматься избранной профессией Законопроект не содержит.

Необоснованным также представляется установление в ст. 15 Законопроекта требования о том, что претенденту, помимо заявления необходимо представить в государственную квалификационную комиссию медицинское заключение о наличии (отсутствии) психоневрологических и наркологических заболеваний, справку об отсутствии судимости. Это объясняется тем, что ст. 15 противоречит статье 10 Законопроекта, предусматривающей требования к медиаторам и не содержащей при этом требований об отсутствии медицинских противопоказаний и отсутствии у медиатора судимости.

Наряду с этим, согласно положениям ст. 15 Законопроекта кандидату в медиаторы требуется предоставление копий документов о подтверждении стажа работы претендента именно по юридической специальности, в то время как исходя из положений п.1 ч.2 ст. 10 Законопроекта допустимыми для выполнения функций медиатора направлениями и специальностями подготовки является не только юриспруденция, но и педагогика и психология.

Необоснованным представляется и ограничение возможности лиц, имеющих образование по иным, не предусмотренным в Законопроекте специальностям, но получившим дополнительное образование в области медиации, на осуществление медиативной деятельности. При этом в случае введения соответствующего правила, медиаторы, уже получившие право на ведение медиативной деятельности согласно положениям действующего законодательства, могут практически одномоментно его утратить, поскольку в Законопроекте не предусмотрен переходный период, в течение которого данные лица могли бы в течение относительно длительного времени продолжать осуществление медиативной деятельности. Предлагаемый в Законопроекте, таким образом, способен нанести серьезный урон кадровому потенциалу института медиации.

В связи с этим представляется необходимым рекомендовать исключить из ст. 15 Законопроекта требование о представлении медицинского заключения о наличии (отсутствии) психоневрологических и наркологических заболеваний, справки об отсутствии судимости, а из ст. 10 – требования о наличии стажа работы именно по юридической специальности либо привести требования к составу документов, подтверждающих выполнение кандидатом в медиаторы необходимых критериев и само содержание этих критериев к единообразию, установить переходные периоды для лиц, имеющих право на занятие медиативной деятельностью в соответствии с действующим законодательством.

4. В ст. 5 Законопроекта предусмотрено, что в состав Государственной квалификационной комиссии для приема экзаменов у лиц, претендующих на включение в единый федеральный реестр медиаторов, включаются представители территориального органа юстиции (три представителя), от правоохранительных органов (один представитель), от органа, осуществляющего полномочия в сфере уголовного судопроизводства (один представитель), от суда субъекта Российской Федерации (один судья), от арбитражного суда субъекта Российской Федерации (один судья). Из данного перечня, очевидно, что при проектировании нормы допущена логическая неточность, ввиду того, что государственный орган, осуществляющий полномочия в сфере уголовного судопроизводства это и есть правоохранительный орган, при этом, полномочия в сфере уголовного судопроизводства могут осуществлять

различные государственные органы, а какой именно из этих органов имеется ввиду в проекте нормы не ясно, как не ясно и то, в каком порядке будет приниматься решение, от какого именно органа требуется направление представителей для участия в соответствующей комиссии.

Наряду с этим, парадоксальным является предлагаемое Законопроектом организационное решение, при котором, представители сообщества медиаторов будут полностью отстранены от какого-либо участия в формировании его кадрового состава.

Поэтому представляется необходимым предложить разработчикам законопроекта конкретизировать состав государственных органов, которые вправе направить своих представителей в Государственную квалификационную комиссию для приема экзаменов у лиц, претендующих на включение в единый федеральный реестр медиаторов, а также рекомендовать включить в состав данной комиссии представителей сообщества медиаторов, в количестве, не менее установленного для представителей государственных органов.

5. Законопроект изобилует нарушениями правил общепринятой юридической техники, что будет препятствовать его эффективному применению в случае принятия в предложенном виде, ввиду того что он:

- содержит ничем не объяснимую двойную нумерацию некоторых норм, изначально присутствующих в законопроекте (ст. 10.1, 10.2, 10.3, 19.1);

- содержит противоречия между нормами (ст. 10 и ст. 15 в части требований к медиаторам и материалов, подтверждающих соответствие требованиям).

- содержит в себе термины, не применяемые ранее в других, взаимосвязанных нормативных правовых актах («сторона, являющаяся правонарушителем в уголовном судопроизводстве», ч.8 ст. 28);

- содержит неясные, ранее широко не обсужденные положения, ограничивающие проведение медиации и право на участие в ней отдельных лиц (например – введение запрета адвокатам и нотариусам осуществлять деятельность по медиации (ст. 10), введение возможности для использования подозреваемым (обвиняемым) процедуры медиации только один раз в жизни (ст. 28).

Представляется, что названные выше юридико-технические замечания, имеющиеся к содержанию Законопроекта, нуждаются в устранении.

На основании вышеизложенного мы, участники совещания по обсуждению Проекта федерального закона «Об урегулировании споров с участием посредника (медиации) в Российской Федерации» (г. Москва, Российская академия адвокатуры и нотариата, 10 октября 2020 г.) предлагаем:

1. Обратиться к Министру юстиции Российской Федерации с предложением осуществить переработку представленного законопроекта, с учетом представленных в настоящей Резолюции положений.

2. Направить настоящую Резолюцию Председателю Правительства Российской Федерации, Председателю Совета Федерации и Председателю Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации, Председателю Верховного Суда Российской Федерации, Генеральному прокурору Российской Федерации, Председателю Следственного комитета Российской Федерации, Уполномоченному по правам человека в Российской Федерации, Председателю Совета при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека, в Федеральную палату адвокатов Российской Федерации, адвокатские палаты субъектов Российской Федерации, Ассоциацию юристов России, в общественные объединения адвокатов и юристов для сведения.